

T-442-94

Sentencia T-442/94

## PREVALENCIA DE DERECHOS DEL NIÑO/TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO/LIBERTAD DE OPINION

La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión, más aún, si aquélla se adecúa al mantenimiento de las condiciones favorables de que viene disfrutando. Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable.

## VIA DE HECHO POR DESCONOCIMIENTO DE PRUEBAS

Es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. La sentencia del Juzgado de Familia ignoró, sin motivo serio alguno, la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso. Ese desvío irregular, caprichoso y arbitrario en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, se torna en una vía de hecho susceptible del control de constitucionalidad a través de la acción de tutela.

## DERECHO A LA INTEGRIDAD FISICA DEL MENOR-Amenaza/MADRE PSICOLOGICA

Se amenazan los derechos a la integridad física y a la salud del menor pues según los conceptos médicos y el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, éste presenta una perturbación psíquica cuyas consecuencias dependen de un prudente manejo y tratamiento psicoterapéutico, pues de lo contrario terminaría en un posible proceso psicótico, que desencadenaría en un caos total, sugiriéndose por este motivo, un tratamiento

psicofarmacológico y psicoterapéutico por psiquiatra especializado, y que el menor continúe al lado de su madre psicológica, lo cual mejoraría sustancialmente su pronóstico.

#### ACCION DE TUTELA TRANSITORIA/PERJUICIO IRREMEDIABLE A MENOR DE EDAD

Aun cuando los interesados disponen de otro medio de defensa judicial, dado que están habilitados para promover, en cualquier tiempo, posterior a dicha sentencia, un nuevo proceso ante los jueces de familia, pues las sentencias que se dictan dentro de tales procesos no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal, la Sala considera que en el caso en concreto, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es, mientras se decide por el Juez de Familia de la custodia y cuidado del menor, en atención a que los derechos constitucionales fundamentales del menor no pueden quedar desprotegidos mientras se adopta una nueva resolución judicial, pues se causaría un perjuicio irremediable. Se puede avizorar un perjuicio irremediable, ya que de acuerdo con los conceptos de los médicos, los cuales fueron aportados al proceso de tutela, el menor presenta una crisis de ansiedad que se ha agravado hasta el extremo de generar una reacción depresiva severa, por lo que ha sido necesario iniciar un tratamiento con medicamentos antidepresivos y darle incapacidad médica indefinida. La situación del menor, según dichos conceptos puede llegar a una enfermedad más severa y posiblemente de carácter irreversible, pues tratándose de un niño de su edad, el daño psicológico es mayor por estar en etapa de maduración del sistema nervioso central y porque el niño está en proceso de conformación de su personalidad.

#### CUSTODIA Y CUIDADO PERSONAL DEL MENOR-A cargo de tías

Referencia: expediente T- 39775.

Peticionario: xx

Procedencia: Corte Suprema de Justicia.

TEMA:

La acción de tutela y la custodia y cuidado personal de los menores.

Derechos de los niños a la integridad física, la salud y a la libre expresión de su opinión.

Vía de hecho por omisión del juez en estimar el material probatorio.

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Santafé de Bogotá, D.C., once (11) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

La Sala Segunda de Revisión, integrada por los Magistrados ANTONIO BARRERA CARBONELL, EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ Y CARLOS GAVIRIA DIAZ, procede a revisar las sentencias dictadas dentro del proceso a que dio origen la acción de tutela de la referencia, las cuales fueron proferidas por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga y la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

## I. ANTECEDENTES.

### A. La pretensión y los hechos que la sustentan.

El señor xx, actuando en calidad de abuelo materno del menor yy, promovió acción de tutela, como mecanismo transitorio, contra el Juzgado 4o. de Familia de Bucaramanga, pues considera que la sentencia de enero 26 de 1993, proferida por dicho despacho judicial, vulnera los derechos fundamentales que en favor del mencionado menor consagra el artículo 44 de la Constitución Política, y que se concretan en los derechos a la salud, a tener una familia y no ser separado de ella, al cuidado y al amor, a la educación, a la cultura, a la recreación y a la libre expresión de su opinión. Con tal fin, presenta como supuestos fácticos de la acción los hechos que a continuación se resumen:

1.- Desde el momento de su nacimiento, en agosto de 1984, el menor yy, ha permanecido en el hogar conformado por sus abuelos maternos, rodeado de protección, afecto y de los cuidados que le dispensaba la abuela paterna quien, una vez fallecida, fue remplazada en la asistencia y cuidado del niño por sus tías zz y aa. De este modo los parientes últimamente nombrados vinieron a suplir la displicencia de sus padres, quienes, aun cuando vivieron bajo el mismo techo paterno no asumieron con seriedad y responsabilidad los deberes que legalmente les corresponden.

2.- El trato dispensado por las tías hizo que el niño les tomara un cariño entrañable, al punto

de identificar a aa con la figura materna, situación por demás explicable en razón de la decisión de los padres del menor de mudarse del hogar de los abuelos en 1991.

3.- En razón de la ocurrencia de graves y variados problemas de carácter personal en que se vieron involucrados los padres del menor, que tuvieron una repercusión directa en su estabilidad familiar y emocional, zz inició proceso de custodia ante el Juzgado 4o. de Familia de Bucaramanga contra los padres del menor.

4.- Dicho Juzgado, mediante sentencia del 26 de enero de 1994, falló tanto el proceso mencionado como el proceso acumulado a éste, al cual dio lugar la demanda de los padres del menor contra zz y aa para que se declarara que por ley los padres tenían el cuidado y la custodia del menor, en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda de custodia de zz y declarar que dicha custodia corresponde a los padres del menor.

5.- Si bien es cierto que la sentencia de custodia, al no hacer tránsito a cosa juzgada material, es susceptible de ser modificada mediante otra acción posterior, afirma el petente, "...mientras eso sucede y en razón a la urgencia de remediar la delicada situación en que se encuentra el menor, considero que es mi deber instaurar en su favor esta acción de tutela, como mecanismo transitorio encaminado al logro del restablecimiento de sus derechos fundamentales y a evitarle un daño grave."

B. Los fallos que se revisan.

1. La Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, mediante sentencia del 14 de abril de 1994, concedió la tutela impetrada, como mecanismo transitorio, ordenó suspender el cumplimiento y efectos de la sentencia del 26 de enero de 1994 dictada por el Juzgado 4° de Familia de Bucaramanga dentro del proceso de custodia, dispuso que dicho juzgado deberá "abstenerse de ordenar o llevar a cabo la entrega del menor a quienes en el fallo se les concedió la custodia", y advirtió al peticionario lo siguiente: "la tutela concedida sólo tiene vigencia durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo el nuevo proceso de custodia del menor yy que promuevan los interesados. Dicha acción deberá ejercerse en un término máximo de 4 meses a partir de este fallo de tutela, so pena de que cesen sus efectos".

El fundamento de la decisión del Tribunal fue el siguiente:

“Retomando la situación fáctica planteada en el escrito de tutela, encuentra la Sala después del análisis y valoración de la prueba allegada al expediente, la demostración clara de unos hechos que tuvieron ocurrencia antes de dictarse el fallo de custodia por el Juzgado 4° de Familia de Bucaramanga, la mayoría de los cuales han persistido después de proferida la referida sentencia, providencia judicial que sin lugar a duda ha vulnerado los derechos constitucionales fundamentales del menor yy, indicados en la solicitud que elevara el señor xx.”

“En efecto es incontrovertible que el citado Juzgado 4° de Familia, al momento de dictar la sentencia de fecha enero 26/94, dentro de los procesos acumulados de custodia, contaba con pruebas fehacientes que demostraban de manera contundente los siguientes hechos: Que desde que nació el menor yy este siempre ha convivido con sus tías zz y aa, personas que le han proporcionado de manera permanente e ininterrumpida la atención y cuidados necesarios para su crianza, sostenimiento, educación y formación integral. Que según la opinión del menor, él se siente bien al lado de sus tías zz y aa, persona ésta a quien identifica como su verdadera madre; por tanto, considera que su hogar es el de sus tías, de donde no quiere salir; aún cuando si desea, que sus padres volvieran a donde él habita, rechazando desde luego irse con ellos, opinión que reafirma dentro de éste expediente de tutela.”

“También contaba el Juzgado con dictámenes científicos emitidos por un psiquiatra y psicólogos, quienes conceptúan que es importante que el niño yy permaneciera en el actual medio socio-familiar, junto a sus tías zz y aa, pues a ésta identifica como su verdadera madre, no siendo conveniente la separación del lado de ellas, ya que la desadaptación traería problemas de índole grave y total de tipo adictivo en el futuro desarrollo psíquico, máxime que el menor presenta rechazo hacia sus padres biológicos. Así mismo, sabía el Juzgado que a pesar de haberse autorizado a los padres visitar a su hijo, éste seguía realmente rechazándolos, pues aquellos no propiciaron ni se preocuparon con esmero por buscar un acercamiento afectivo y amoroso con el niño.”

“Es evidente entonces que al haberse dispuesto por el Juzgado 4o. de Familia, asignar la custodia y cuidado personal del menor a sus padres biológicos, permitiendo que se desprendiera abruptamente del entorno familiar al cual se encuentra arraigado el niño desde que nació, se vulneró con la sentencia cuestionada los derechos fundamentales del menor, invocados en la solicitud de tutela.”

2. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia revocó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga; y en su lugar denegó la tutela invocada, entre otras razones, por las siguientes:

“...no puede acusarse a la sentencia proferida por el Juzgado 4o. de Familia de Bucaramanga de ser una vía de hecho, es decir una arbitrariedad de la Juez que, por carecer de cualquier sustento jurídico, sólo encuentra justificación en su propio capricho. El discernimiento que la funcionaria le dio al asunto se encuentra cabalmente circunscrito a la órbita de su competencia, corresponde a una apreciación probatoria que no puede verse como de absolutamente defectuosa y el entendimiento de las normas jurídicas que la sustentan, no puede calificarse como irracional. Por el contrario, está rigurosamente ceñido a ellas”.

“En este orden de ideas, deviene con claridad que la tutela no puede concederse de la manera como lo entendió el Tribunal. En efecto, equivocó tal Corporación el enfoque que corresponde a la situación actual que expone el petente, puesto que la supuesta perturbación que aqueja al menor no deviene del mal trato o represiones, que le hubiesen propinado sus padres, como tampoco se evidencia que el comportamiento de estos sea en tal grado reprochable que deba concluirse que no son las personas adecuadas para cuidarlo y prodigarle el afecto que merece. Mucho menos puede pensarse que por razón de que sus tías hubiesen velado por sus menesteres cotidianos en atención a que sus progenitores trabajaban y sólo podían compartir con él las horas de la noche, puedan perder estos el derecho a su custodia y el menor el cariño de sus padres”.

“Al amparo del afecto parental no pueden sus tías pretender sustituir de manera anormal la relación filial a la cual tiene derecho el niño, quien llevado, quizás, por los sentimientos que le han sido insuflados de temor, aprensión o recelo hacia sus padres o a la situación económica en la cual se vería sumido, ha rehusado compenetrarse con la familia a la que realmente pertenece”.

“Al respecto, deben entender sus parientes que por grande que sea el afecto que las liga con el infante y a este con ellas, no es ni normal ni benéfica la sustitución de sus padres que le han infundido. Mucho menos puede serlo el que se le hubiese convertido en el botín de las disputas familiares y que los perjuicios de una y otra clase, odios y rencores sean la lección de amor parental que esté recibiendo”.

## II. LA COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto por los Artículos 86, Inciso 3° y 241, Numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los Artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para revisar las sentencias que resolvieron acerca de la acción de tutela de la referencia.

## III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

### 1. Los derechos de los niños y su prevalencia. Su cuidado y custodia.

Como principio fundamental se impone al Estado por la Constitución Política la protección de la familia constituida por vínculos naturales o jurídicos como institución y núcleo básico de la sociedad. En tal virtud, existe un conjunto normativo integral, configurativo del sistema de la familia en la Carta Política, que se ocupa de señalar los lineamientos generales relativos a su origen, composición, a los principios que rigen las relaciones familiares, a la manera de conservar la armonía y la unidad familiar, a los deberes y derechos de sus integrantes, a su sustento material y jurídico y a su protección y desarrollo integral (arts. 5°, 42, 43, 44, 45 y 46).

En el artículo 44 se señalan prolijamente, aunque en forma enunciativa, los derechos de los niños, con miras a lograr que en su modo de existencia y desarrollo físico y psíquico en el ambiente familiar y social se cumplan los principios y valores reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Una desagregación del contenido normativo de dicha disposición permite establecer diáfananamente la concreción de sus derechos de la siguiente manera:

-Se reconocen, entre otros, como derechos fundamentales de los niños: la vida. la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión.

- Se protege a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

-Tienen los niños los demás derechos que la Constitución, las leyes y los tratados

internacionales ratificados por Colombia, reconocen a todas las personas.

- Es deber de la familia, la sociedad y el Estado, asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. La efectividad de esos derechos, justifica una especie de acción pública en cabeza de cualquier persona, para “exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores”.

Como complemento necesario del designio protector del Constituyente y para hacer efectivos materialmente los derechos de los niños, el inciso final de la norma en referencia declara, a modo de mandato dirigido a los operadores jurídicos que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”, con lo cual se manifiesta la entonación con que el Constituyente quiso realzar la importancia de los derechos de los menores y la libertad para expresar su opinión y, obviamente, como un derivado de está, el peso y la valoración de la misma, en los eventos en que se presenten disputas entre quienes pretenden su custodia y cuidado. Por consiguiente, pueden enunciarse como reglas válidas, meramente indicativas, aplicables a los casos en que sea necesario definir conflictos entre los derechos del menor y de los familiares que discuten y controvierten jurídicamente su cuidado y custodia, las siguientes:

a). Aun cuando la ley señala los criterios que deben observarse para su discernimiento, sus mandatos no pueden operar como algo automático y mecánico, pues atendiendo la efectividad de los derechos constitucionales del menor (arts. 2° y 44), la custodia y el cuidado del menor deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en tal virtud, es obvio que para otorgar la custodia y el cuidado del menor, debe valorarse objetivamente la respectiva situación para confiar aquéllas a quien esté en condiciones de proporcionar las seguridades que son anejas al goce pleno y efectivo de sus derechos, y al logro de su bienestar y desarrollo armónico e integral, y abstenerse de otorgar dicha custodia y cuidado a personas que no estén en condiciones de ofrecer las garantías adecuadas para tales fines.

b). En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el menor en un momento dado y valorar sí el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado.

c). La opinión del menor, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión, más aún, si aquélla se adecúa al mantenimiento de las condiciones favorables de que viene disfrutando.

Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al menor, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. Es más, la aspiración de todo ser humano, a la cual no se sustrae el menor, es la de buscar permanentemente unas condiciones y calidad de vida más favorables y dignas; por lo tanto, no puede condicionarse a éste a una regresión o a su ubicación en un estado o situación más desfavorable.

d). Las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del menor, aún cuando formalmente tengan un fundamento legal, deben ceder ante los criterios atrás expuestos, y que han sido elaborados bajo la óptica de la realización y efectividad material de los principios y valores constitucionales y de los derechos fundamentales que se reconocen a los menores.

### 3. La acción de tutela contra actuaciones u omisiones judiciales.

La procedencia de la tutela contra la acción u omisión de los funcionarios judiciales es una cuestión que ha quedado definida y consolidada en la jurisprudencia constitucional, a través de numerosas sentencias de las Salas de Revisión de Tutelas, (sentencias T-442/93, 175/94, 231/94, 327/94, entre otras), que han seguido los derroteros trazados por la sentencia C-543 del 1 de octubre de 1992, en el sentido de que la tutela como mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados por dicha acción u omisión, opera cuando el juez omite o dilata injustificadamente la adopción de un acto procesal o la actuación judicial constituye una vía de hecho o se expide una decisión judicial que puede generar un perjuicio irremediable a las partes o a terceros. Igualmente la referida jurisprudencia ha precisado los requisitos y condiciones de procedibilidad de la tutela y sus efectos jurídicos en cada una de las hipótesis que se han señalado.

Si bien la jurisprudencia sobre la materia se ha elaborado básicamente con respecto a las

omisiones o actuaciones de los jueces que preceden o son posteriores a la sentencia y ha sido cautelosa en cuanto a admitir la acción de tutela contra sentencias, últimamente y bajo la orientación y la filosofía generales extraídas del análisis sistemático y unitario de la sentencia C-543/93, ya citada, se ha llegado a la conclusión de que es procedente la tutela cuando en la misma sentencia se incurre en una vía de hecho.

En efecto, en la sentencia T-175/94 de esta misma Sala<sup>2</sup>, que luego fue acogida en la sentencia T-327/943, se dijo lo siguiente:

“Como regla general, ha reconocido esta Corte, que la acción de tutela no procede contra sentencias judiciales sobre las cuales recae el efecto de cosa juzgada. Este efecto genera una situación de estabilidad jurídica, que permite, de un lado, hacer cumplir lo que en la sentencia se decidió, pero igualmente, impide que se discuta o se vuelva a cuestionar ese contenido entre las mismas partes. Por eso, esta especie de intangibilidad de lo decidido, constituye el efecto primordial de la sentencia con valor de cosa juzgada”.

“No obstante, para la Corte también es claro que esa certeza que impone la cosa juzgada no constituye un valor absoluto frente a la vigencia y defensa de los derechos fundamentales, de suerte que si está de por medio la protección de tales valores, procede la tutela contra sentencias que sean el resultado de una “vía de hecho”, lo cual ocurre cuando el juez la adopta contrariando ostensiblemente el contenido y voluntad de la ley o desconociendo ritualidades cuya observancia consagran una garantía del derecho de defensa de las partes en el proceso. La cosa juzgada como resultado de una vía de hecho, pierde su valor de decisión intangible y poco vale como cosa juzgada.”

“Cuando la Carta dispone que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley (art. 230), está consagrando, además del principio de autonomía de los demás órganos del poder público, también el principio de legalidad, en razón del cual, toda su conducta está dirigida y sometida por la norma que le diseña y demarca su actividad jurisdiccional”.

En punto a la figura de la vía de hecho, se ha pronunciado la Corte a través de diferentes Salas de Revisión de Tutelas, en los siguientes términos:

En sentencia T-079/93, de la Sala Tercera de Revisión se expresó:

“Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela, cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos de la persona. Carece de fundamento objetivo la actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la Ley. La legitimidad de las actuaciones estatales depende de su fundamentación objetiva y razonable.(...) La decisión revestida de las formalidades de un acto jurídico, encubre una actuación de hecho cuando ésta obedece más a la voluntad o al capricho del agente estatal que a las competencias atribuidas por ley para proferirla.(...) La vulneración de los derechos fundamentales por parte de servidores públicos que actúan sin fundamento objetivo y razonable y obedecen a motivaciones internas, desconoce la primacía de los derechos inalienables de la persona (C.P. art. 5), la protección constitucional de los derechos fundamentales (CP art. 86) y la prevalecía del derecho sustancial (CP art. 228). En caso de demostrarse su ocurrencia, el juez de tutela deberá examinar la pertenencia del acto al mundo jurídico y proceder a la defensa de los derechos fundamentales vulnerados en el curso de una vía de hecho por parte de la autoridad pública”<sup>4</sup>

Esta misma Sala en la sentencia T-442 de 1993 señaló:

“La conducta del juez debe ser de tal gravedad e ilicitud que estructuralmente pueda calificarse como una “vía de hecho”, lo que ocurre cuando el funcionario decide, o actúa con absoluta falta de competencia o de un modo completamente arbitrario e irregular que comporta, según la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, una agresión grosera y brutal al ordenamiento jurídico, hasta el punto de que, como lo anota Jean Rivero, “su actuación no aparece más como el ejercicio irregular de una de sus atribuciones, si no como un puro hecho material, desprovisto de toda justificación jurídica”,<sup>2</sup> con lo cual, la actividad del juez o funcionario respectivo, pierde legitimidad y sus actos, según el mismo Rivero, se han “desnaturalizado”.

En la sentencia T-231/946 de la Sala Tercera de Revisión se hace un compendio de toda la jurisprudencia constitucional relativa al tema de la vía de hecho. De dicha sentencia merecen citarse los siguientes apartes:

“La vía de hecho predicable de una determinada acción u omisión de un juez, no obstante poder ser impugnada como nulidad absoluta, es una suerte de vicio más radical aún en

cuanto que el titular del órgano se desliga por entero del imperio de la ley. Si la jurisdicción y la consiguiente atribución de poder a los diferentes jueces, se hace con miras a la aplicación del derecho a las situaciones concretas y a través de los cauces que la ley determina, una modalidad de ejercicio de esta potestad que discurra ostensiblemente al margen de la ley, de los hechos que resulten probados o con abierta preterición de los trámites y procedimientos establecidos, no podrá imputarse al órgano ni sus resultados tomarse como vinculantes, habida cuenta de la “malversación” de la competencia y de la manifiesta actuación ultra o extra vires de su titular”.

(...)

“4.4 La acción de tutela contra las vías de hecho judiciales - cuando ella sea procedente ante la ausencia de otro medio de defensa judicial o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable -, en primer término, se endereza a garantizar el respeto al debido proceso (CP art. 29) y el derecho de acceso a la justicia (CP art 229). Gracias a estos dos derechos medulares toda persona puede acudir ante un juez con miras a obtener una resolución motivada ajustada a derecho y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías constitucionales previstos en la Constitución y en la ley. Se articula a través de las normas citadas un derecho público subjetivo a la jurisdicción o tutela judicial, que no consiste propiamente en satisfacer la pretensión que se contiene en la demanda o en su contestación sino a que se abra un proceso y a que la sentencia se dicte con estricta sujeción a la ley y a las garantías procedimentales. En este orden de ideas, la vía de hecho judicial, en la forma y en el fondo, equivale a la más patente violación del derecho a la jurisdicción. Por ello la hipótesis más normal es la de que través de los diferentes recursos que contemplan las leyes procedimentales, se pueda impugnar cualquier acción u omisión judicial que configure una vía de hecho, en cuyo caso, aunque no se descarte siempre la procedibilidad de la tutela, su campo de acción - dada su naturaleza subsidiaria - será muy restringido”.

“De acuerdo con lo expuesto, la posibilidad de que la vía de hecho judicial, pueda vulnerar un derecho fundamental - como lo es el derecho a la jurisdicción -, constituye una razón suficiente para darle curso a la acción de tutela”.

Importa precisar ahora si de manera excepcional puede configurarse una actuación arbitraria e irregular, carente de todo viso de legalidad, y constitutiva de una vía de hecho cuando el

juzgador ante pruebas claras y contundentes, que manifiestamente muestran una realidad objetiva, profiere una providencia contrariando la realidad probatoria del proceso.

Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (arts. 187 C.P.C y 61 C.P.L), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales.

No obstante lo anterior advierte la Sala, que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa que de una manera manifiesta aparece irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia. El error en el juicio valorativo de la prueba debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia, porque ello sería contrario al principio de que la tutela es un medio alternativo de defensa judicial, aparte de que se invadiría la órbita de la competencia y la autonomía de que son titulares las otras jurisdicciones.

#### 4. Caso concreto.

Esta Sala prohíja el análisis hecho por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga, el cual llega a la conclusión de que la sentencia del Juzgado 4° de Familia ignoró, sin motivo serio alguno, la realidad probatoria objetiva que mostraba el proceso. Ese

desvío irregular, caprichoso y arbitrario en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, se torna en una vía de hecho susceptible del control de constitucionalidad a través de la acción de tutela, pues la sentencia desconoció pruebas que según su naturaleza contenido, contundencia y objetividad, permiten inferir a la Sala que ella carece de un sustento serio, objetivo y razonable, que no se adecua a la preceptiva constitucional a la cual debe estar sujeta.

En efecto, del material probatorio allegado al presente proceso, la Sala aprecia que con ocasión de la sentencia cuyos efectos se pretende neutralizar mediante la presente acción de tutela, al menor se le creó una situación de angustia, inestabilidad e indiferencia, que viola sus derechos constitucionales fundamentales a la integridad física, salud y libertad de expresar su opinión.

Se amenazan los derechos a la integridad física y a la salud del menor yy, pues según los conceptos médicos y el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal, éste presenta una perturbación psíquica cuyas consecuencias dependen de un prudente manejo y tratamiento psicoterapéutico, pues de lo contrario terminaría en un posible proceso psicótico, que desencadenaría en un caos total, sugiriéndose por este motivo, un tratamiento psicofarmacológico y psicoterapéutico por psiquiatra especializado, y que el menor continúe al lado de su madre psicológica, lo cual mejoraría sustancialmente su pronóstico.

Se infringe la libertad de opinión del menor, pues así se deduce del juicio médico emitido por el psiquiatra bb, al señalar que “se observó a un menor con ansiedad difusa a la necesidad de expresión de sí mismo, donde los miembros de su familia de origen no lo han hecho y si quieren o desean el mantenimiento de la unidad del grupo familiar cohesionado, no permitiendo la autonomía individual...”.

Sobre este aspecto se pronunció la Sala Sexta de Revisión en sentencia T-278/94, al señalar en un caso similar: “Debe tenerse en cuenta el hecho de que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 de la Carta Política, la voluntad y los derechos de los niños prevalecen sobre los demás, razón por la que debe hacerse efectivo el derecho de la menor a no ser separado del lado de la familia VARGAS BEDOYA, quienes se constituyen para el en su única y verdadera familia” (resalta la Sala).

El dictamen del médico psiquiatra bb, señaló que en su concepto debe acogerse el deseo del

niño de permanecer con sus tías y que “el menor debe seguir con su familia parental con visitas a sus padres cuando el menor lo desee, no forzar la situación, ya que el efecto es contraproducente para la estructura familiar, además de que debe haber asesoramiento a la madre y al padre sobre la manera de manejar su ansiedad con respecto a los conflictos familiares; así como para que logren un acercamiento menos traumático con su hijo ante la negativa de éste”.

Igualmente, la profesional de la psiquiatría, cc, expresó: “al examen se encuentra ansiedad difusa frente al manejo afectivo de imagen de sus padres biológicos, a quienes rechaza abiertamente evadiendo cualquier compromiso de vínculo afectivo, para evitarse dolor emocional y confusión. Acepta la pérdida y abandono afectivo de sus padres e integra vínculos estrechos con su familia materna (abuela y tías) fortaleciendo el afecto materno en su tía”. Por otra parte, recomendó: “el niño dadas las características de personalidad e inteligencia ha integrado normas y escala de valores sociales adecuados dentro del medio social-familiar en que se ha desarrollado, asumiendo en forma constructiva la inestabilidad y disfuncionalidad de la pareja de sus padres biológicos, por lo tanto, considero importante que el niño permanezca en el actual medio socio familiar en que se mueve, pues de lo contrario, la desadaptación ocasionaría problema de índole grave y fatal de tipo adictivo en el futuro desarrollo psíquico”.

Se observa, que el Juzgado 4° de Familia de Bucaramanga no tuvo en cuenta los autorizados conceptos científicos antes relacionados que eran determinantes para decidir sobre la custodia del menor, y que al ordenar colocar al menor en una situación por él indeseada, se atenta contra su autonomía para manifestar su opinión e igualmente se corre el riesgo de causarle secuelas psicológicas irreversibles.

Los referidos conceptos médicos encuentran además respaldo en las diligencias y pruebas practicadas y aportadas al proceso de tutela. En efecto, el menor, en la versión libre que hizo con respecto a su situación manifestó, entre otras cosas, lo siguiente: que sus padres son sus tías, que éste año fue a estudiar unos días al Colegio San Pedro, pero no ha vuelto por miedo a que lo separen de su mamá aa y su tía zz, pues al enterarse el día del fallo del Juzgado que lo iban a separar de ellas y por lo tanto debía irse con dd y ee (sus padres), se enfermó y sintió miedo, no volviendo a comer ni a dormir porque estaba angustiado y preocupado, y que contrario al trato que le proporcionan aquéllas, éstos no le dedican tiempo, no le dan

cariño y lo tratan mal.

Incluso, del estudio social realizado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, incorporado al proceso de tutela, se puede determinar que obra al menos un atentado contra la integridad del menor; en efecto, se concluye que " sería contraproducente tratar de obligar al menor a que viva con sus progenitores biológicos, quienes no se han preocupado realmente porque su hijo los vea como padres, mientras que con las tías existe un profundo arraigo afectivo y la separación de este medio desestabilizaría al menor y le traería graves problemas emocionales que podrían llevarlo hasta el suicidio, por el marcado rechazo que experimenta hacia los padres biológicos, o convertirlo en un futuro en un adulto desadaptado, lleno de conflictos, que no estaría en capacidad de conformar adecuadamente un grupo familiar".

Aun cuando los interesados disponen de otro medio de defensa judicial, dado que están habilitados para promover, en cualquier tiempo, posterior a dicha sentencia, un nuevo proceso ante los jueces de familia, pues las sentencias que se dictan dentro de tales procesos no hacen tránsito a cosa juzgada material, sino formal (arts. 333 y 649 del Código de Procedimiento Civil), la Sala considera que en el caso en concreto, es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, esto es, mientras se decide por el Juez de Familia de la custodia y cuidado del menor (art. 5° del decreto 2272 de 1989), en atención a que los derechos constitucionales fundamentales del menor no pueden quedar desprotegidos mientras se adopta una nueva resolución judicial, pues se causaría un perjuicio irremediable.

Se puede avizorar un perjuicio irremediable, ya que de acuerdo con los conceptos de los médicos, los cuales fueron aportados al proceso de tutela, el menor presenta una crisis de ansiedad que se ha agravado hasta el extremo de generar una reacción depresiva severa, por lo que ha sido necesario iniciar un tratamiento con medicamentos antidepresivos y darle incapacidad médica indefinida. La situación del menor, según dichos conceptos puede llegar a una enfermedad más severa y posiblemente de carácter irreversible, pues tratándose de un niño de su edad, el daño psicológico es mayor por estar en etapa de maduración del sistema nervioso central y porque el niño está en proceso de conformación de su personalidad.

En virtud de lo expuesto, prospera la tutela impetrada. Por lo tanto, se revocará la sentencia proferida por la H Corte Suprema de Justicia -Sala Civil-, y se confirmará la sentencia del H Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que concedió la tutela como mecanismo transitorio.

#### IV. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 1° de junio de 1994, proferida por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, por medio de la cual se negó la tutela incoada por xx.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia del 14 abril de 1994, proferida por la Sala de Familia del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

TERCERO: ORDENAR que en guarda del derecho a la intimidad de la familia, que en toda publicación de la presente decisión, se omitan sus nombres.

CUARTO: LIBRAR por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991 para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

CARLOS GAVIRIA DIAZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 M.P. Jose Gregorio Hernandez Galindo.

2 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

4 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

2 Jean Rivero, Derecho Administrativo, Universidad de Venezuela, Caracas 1984, p 192.

6 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.